

对向参与行为的处罚范围

王彦强*

摘要 对向参与行为的可罚性问题,存在立法者意思说、实质说和并用说的学说分歧。并用说在根据共犯原理探讨对向参与行为实质可罚性的基础上,结合违法程度、法益均衡、比例原则等要求,限定对向参与行为的处罚范围,是较可取的立场。并用说不仅可以为对向犯个罪的限缩解释提供实质依据,而且可以类型化地审视对向参与行为的可罚范围,即对于片面对向犯,如果是具有行为扩散性的离心犯,可依据被害参与原理和共犯从属性特征,排除其必要之对向参与行为的可罚性;而对于非扩散性的向心犯,其对向参与行为,除属于被害参与类型,抑或参照刑法相关规定,基于比例原则和体系解释予以排除以外,只要该当教唆或帮助行为,就应当以共犯论处。

关键词 片面对向犯 对向参与行为 离心犯 向心犯 买卖身份证件罪

一、问题的提出

所谓对向犯,顾名思义就是将双向性的联动行为予以类型化的情形。根据双方参与人的行为是否都需要处罚,对向犯有两面对向犯与片面对向犯之分。^{〔1〕}对于前者,刑法法条对双向参与行为双方均有处罚之明文,因而并不存在可罚性问题的争论;而对于后者,立法没有针对显然可以预见的双向性参与行为设置处罚规定。对此,究竟是由于缺乏明文的处罚规定而不具有可罚性,还是应当适用总则的共犯规定,以片面对向犯的教唆犯、帮助犯论处?在共犯成否上最具问题的,正是片面的对向犯类型。^{〔2〕}

* 南京师范大学法学院副教授。本文得到江苏高校优势学科建设工程资助项目(PAPD)资助。

〔1〕 参见(日)豊田兼彦:《共犯の処罰根拠と客観的帰属》,成文堂2009年版,第132页。

〔2〕 (日)豊田兼彦:“狭義の共犯の成立要件について——‘中立的行為による幫助’および‘必要の共犯’の問題を素材として”,《立命館法學》2006年第6号,第263页。

我国刑法中,关于片面对向犯对向参与行为的可罚性问题,则基本围绕“购买伪造、变造的居民身份证者,能否作为伪造、变造居民身份证罪的共犯论处”“购买淫秽物品者,能否成立贩卖淫秽物品牟利罪的教唆犯或帮助犯”等典型例证展开。^{〔3〕}对此,学理上基本主张“无罪论”,^{〔4〕}理由则基本不出“立法者意思说”的立场:即(相较于两面对向犯)立法对片面对向犯中明显可以预见的对向性参与行为“只字不提”,本身即表明立法者不罚(不值得处罚)的基本态度。^{〔5〕}可问题是,刑法总则中的共犯规定,本来就是为了扩张刑罚处罚范围,刑法分则没有作为正犯处罚的明文,据何以断定立法者的意思就是无罪不罚,而非以共犯论处呢?尤其是,经由《修九》“买卖”身份证件行为的入罪,“无罪论”遭到否定,而作为解释原理的“立法者意思说”却只是完全屈从、迁就于立法变更,无法提供令人信服的实质理由。刑法教义学原理(尤其犯罪论一般原理)虽依附立法,但也高于立法,不应只为立法“牵着鼻子走”;刑法教义学原理不仅面向刑法解释、刑事司法,也理应可以为刑法修正、刑事立法提供指导标准。

基于此,本文旨在探讨确定对向参与行为处罚范围的实质依据:在梳理和评析学说争论的基础上,认为“并用说”基本可当此重任。并用说不仅可以成为对向犯个罪构成要件的解释原理(个罪构成要件解释机能),而且能够为类型化地审视片面对向犯之对向参与行为的可罚性问题提供实质标准(类型化检验机能)。

二、学说争议及评议

片面对向犯的可罚性问题,即片面对向犯之必要参与行为能否成立对向犯的共犯(教唆犯、帮助犯)。就此,在学理上存在立法者意思说、实质说和并用说的分歧。

(一)立法者意思说

立法者意思说认为,在具有对向犯性质的 a、b 两个行为中,立法者仅就 a 行为作为犯罪类型予以规定时,当然可以定型性地预想到 b 行为,既然立法者不设规定处罚 b 行为,就表明立法者认为 b 行为不具有可罚性。如果将对方以教唆犯或帮助犯论处,则不符合立法者意图;b

〔3〕 《刑法修正案(九)》(以下简称《修九》)通过之前,“伪造、变造居民身份证罪”可谓典型的片面对向犯,但《修九》第22条对《刑法》第280条第3款予以修正,增加“买卖”的行为方式,此罪变更为“伪造、变造、买卖身份证件罪”,已由片面对向犯修正为两面对向犯。

〔4〕 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第387页;张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第925页;黎宏《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第276页;周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第315页;刘艳红主编:《刑法学(下)》,北京大学出版社2014年版,第338页;李晓明主编:《中国刑法分论》,清华大学出版社2014年版,第283页,等。

〔5〕 参见黎宏,见前注〔4〕,第276页;张明楷教授也明确指出:“就真正意义上的片面的对向犯而言,立法者意思说基本上具有妥当性。”张明楷(第5版),见前注〔4〕,第387页;持折中说(即并用说)的周光权教授也基本是基于“立法者意思说”的理由来排除购买行为的可罚性,并认为:“立法者意思说这一意义上的‘必要共犯’概念有其独立的存在价值”。周光权,见前注〔4〕,第316页其他文献中,“超出对向参与行为的最低必要参与程度”“符合非犯罪化定型的必要参与行为”“对向型单纯购买行为,不可能存在引发原发性犯罪故意的指使、教唆行为”等表征“立法者意思说”精髓——“对向参与行为通常性、定型性”——的表述,也是司空见惯。

行为之所以不可罚,是因为对向性参与行为所具有的定型性和通常性,当参与行为超过通常程度时,就可认定成立共犯。例如,就散布淫秽物品罪而言,若购买者仅仅是说“卖给我吧”,这种行为不具有可罚性,但“特积极地给卖方做工作,鼓动对方出售目的物”的场合,就应认定构成教唆犯。〔6〕这一日本判例和通说所采的立场,在我国也相当普遍。

对立法者意思说,常见的质疑有二:第一,所谓定型性或者通常性的标准非常暧昧,不可罚的必要性参与行为的界限不明确;第二,位于其背后的基本思想不具有一贯性,所举之例属于责任共犯论的立场,与论者(团藤)因果共犯论的主张不一致。〔7〕本文认为,此说的问题还包括:

第三,所谓“当参与行为超过通常程度时,就可认定成立共犯”。对于超过通常程度的参与行为,例如,散布淫秽物品罪之购买者“特积极地给卖方做工作,鼓动对方出售目的物”的行为,构成教唆犯,与其说是在探讨参与行为的可罚性,不如说是购买者就自己参与行为以外的教唆贩卖行为本身承担责任。

第四,强调非罪行为的定型性,与“该当—阻却”阶层性犯罪论体系不符。在阶层性犯罪论体系中,“定型性”是基于罪刑法定,而对证明犯罪成立的该当构成要件提出的概念(要求),旨在防止任意入罪,而在阻却违法、阻却责任的出罪阶层,要件是开放的,而非“定型”的,即普遍承认超法规违法阻却事由、超法规责任阻却事由的存在。尽管我们可以将一部分典型的违法或责任阻却事由(如正当防卫)类型化、定型化,但这并不意味着不符合定型性阻却事由的行为即是犯罪;对片面对向犯实行行为(如淫秽物品的贩卖行为)的定型化,并不意味着对对向参与行为(如淫秽物品的购买行为)也是定型的,正所谓“法不禁止即为允许”,犯罪行为(入罪)的定型不能推导出非犯罪行为(出罪)的定型性。因此,如果说片面对向犯的参与行为不可罚,那么,不仅符合所谓“定型性、通常性”的参与行为不可罚,即便是溢出“定型性、通常性”的参与行为也可能是不可罚的——“某些行为虽然超出了‘定型性地预想到的参与’的范围,但仍然不具有可罚性”。〔8〕

第五,为何符合“定型性、通常性”的必要参与行为,就欠缺可罚性?“倘若,法益只能透过行为人的必要参与才能破坏,更可看出行为人在犯罪过程的分量,以致该必要参与行为的应罚性更高,而非反倒欠缺应罚性。”〔9〕总则的共犯规定,原本就是要扩张刑法各罪的处罚范围,“作为正犯不受到处罚,并不能必然地推导出作为共犯也不应受到处罚”。〔10〕法无明文,并不能反面推论排除共犯规定的适用,而需要更进一步的论证,方能化解相关质疑。〔11〕更何况,

〔6〕 参见(日)团藤重光:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第432—433页。

〔7〕 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第340页;张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第299页。

〔8〕 (日)松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第353页。

〔9〕 Andreas Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 7. Aufl., 2000, Vor § 26 Rn. 76;转引自许泽天:“对向犯之研究”,《成大法学》2010年第19期,第56页。

〔10〕 松原芳博,见前注〔8〕,第353页;(日)香川達夫:《共犯処罰の根拠》,成文堂1988年版,第151页。

〔11〕 许泽天,见前注〔9〕,第56页。

何为“立法者意思”?如果是指立法者当初的所谓原意或者本意,“容易陷入主观解释的窠臼”;〔12〕如果是指“刑法的客观含义或者刑法的精神”,〔13〕显然需要实质解释加以明确,诚如张明楷教授自己所言:“正是因为刑法的客观含义不一定明确,有时可能难以做出形式的判断,故必要时应当考虑违法性的实质标准。”〔14〕如此,就已经转向实质说的立场了。

可见,在否定可罚性时,不是将其根据求诸实质的理由而是完全依据内容不明确的“定型性”的观念,这样的理解可以说是有局限的。〔15〕为此,实质说成为有力的观点。

(二)实质说

实质说不是从单纯的立法者意思,而是试图从违法性或者责任的阙如角度,来说明必要参与行为的不可罚性:①欠缺违法性,主要是必要的参与者为“被害人”的场合。如要求对方出售淫秽物品的买受人,不能作为散发淫秽物品罪的共犯;委托、承诺杀害自己的被杀者本人,不能作为同意杀人罪的共犯。②欠缺责任,主要是缺乏期待可能性的考量,“连作为正犯都不具有期待可能性的行为,应该说,作为共犯更不具有期待可能性”。如要求他人藏匿自己的本犯,不能成为藏匿犯人罪的教唆犯;犯罪人要求他人代为隐灭自己刑案证据的,也否定成立隐灭证据罪的教唆犯。〔16〕

对实质说的疑问:一是,若对违法性或法益作另外意义上的理解,完全可能得出截然相反的结论。例如,如果认为贩卖淫秽物品罪的保护法益是社会的善良性风俗,就不能将购买者视为被害人。二是,正如判例判定犯罪人本身所实施的、教唆他人隐匿有关自己的刑事案件证据的行为具有可罚性所显示的那样,认为不可罚的理由在于不具有期待可能性,这并非决定性因素。〔17〕但在本文看来,这两点疑问未必合适:既然是对对向犯可罚性问题的“实质判断”,实质判断就是价值判断,价值判断本就很难达成统一或唯一的结论;而刑法中有关犯罪的实质判断,基本不出“违法”和“责任”的范畴。可见,因为对违法性(法益)另有他解,抑或对期待可能性判断存异,而导致实质判断的不同结论,这种情况再稀松平常不过。以上疑问多少有“苛责”甚至“枉责”之嫌。

当然,实质说也并非没有问题:第一,对向犯必要参与行为的可罚性问题,实为必要参与行为是否可以作为对向犯的共犯(教唆犯、帮助犯)处罚,即共犯的处罚根据问题。然共犯理论旨

〔12〕 周光权、叶建勋:“论对向犯的处罚范围——以构成要件观念为中心”,《中国刑事法杂志》2009年第10期,第26页。

〔13〕 张明楷,见前注〔4〕,第387页。

〔14〕 张明楷,见前注〔4〕,第387页。

〔15〕 (日)山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第342页。

〔16〕 参见(日)平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第379—380页;豊田兼彦,见前注〔1〕,第46—47页。

〔17〕 松原芳博,见前注〔8〕,第354页;我国学者还指出,实质说在我国耦合式构成要件体系中难以适用。参见杜文俊:“论片面对向犯的出罪路径——以法益侵害为视角”,《政治与法律》2009年第12期,第82页。不过,即便是耦合式犯罪论体系,也必须坚持“从不法到责任”“从客观到主观”的逻辑进路,因此,“违法、责任”的实质标准不应该有“难以适用”之虑,否则就无法解释论者自己也“以法益侵害为标准探讨片面对向犯出罪路径”的观点了。

在从违法性层面,解决违法事实的客观归属,并不及于参与人的主观责任问题。既然如此,将欠缺责任(期待可能性)作为实质说的内容,就显然“越界”了;并且,就欠缺责任的例证——藏匿犯人罪、隐匿证据罪而言,这些犯罪中犯人存在是必要,而犯人的行为则是不必要的,这种仅基于个案的事实需求,行为人必须借助他人的参与始能实现构成要件时,并不属于所称的必要共犯(对向犯)。^[18] 简言之,实质说的内容应当仅限于“欠缺违法”部分,不应包括“欠缺责任”部分。^[19]

第二,就“欠缺违法”部分,实质说将主要内容局限在必要参与人系“被害人”的范畴,恐怕范围过窄,解释力不足。一方面,即便必要参与人不是“被害人”,但在公共安全、社会秩序等超个人法益犯罪的场合,只要参与人的行为不会导致法益侵害的扩张蔓延,同样可能欠缺违法而不可罚;另一方面,违法性(法益侵害)不仅具有质的统一性,也有量的相对性问题,即违法性程度、可罚的违法性问题。当必要参与行为违法性程度较低,而不具有可罚的违法性时,同样应属于欠缺违法而不可罚。

(三)并用说

本文看来,并用说正是克服实质说范围过窄之不足的产物。并用说认为,实质说基本指出了正确的方向,但不能因为这一点,而完全否定立法者意思说这一意义上的必要共犯概念的存在必要性,^[20]就共犯行为而言,尽管在违法、责任两个方面均具有当罚性,仍然将其置于可罚性的范围之外,这完全是可能的。这样理解的话,即使采取实质说,仍必须维持立法者意思说这一意义上的必要性共犯概念。不过,其范围应该限定在,在成立某种犯罪的场合,那些在概念上当然必要存在的对象性参与行为,只要是属于这一范畴之内的行为,便不应再考虑其是否具有定型性或通常性。这种情形属于在共犯的构成要件阶段对处罚范围的限定,其可罚性不应该为行为人的当罚性说左右。^[21]

可见,并用说并非立法者意思说与实质说二说的简单综合,而是在补充完善的意义上适用二者,即“首先应对实质的根据加以探讨,判断其是否具有作为共犯的可罚性;而依据‘立法者意思’得出否定结论可谓是最后的手段,在例外地依据‘立法者意思’的场合,限定于必不可少

[18] 参见(日)西田典之、山口厚、佐伯仁志编:《刑法の争点》,有斐阁2007年版,第115页;许泽天,见前注[9],第49页;张明楷,见前注[7],第298页。

[19] 不过,对于本犯教唆他人藏匿自己、隐灭证据这类本犯教唆型片面对向犯,亦有从“阻却违法、法益”的立场解读的——既然本犯行为已经从相关犯罪构成要件中排除,那么来自本犯的对国家司法职能的侵害,就不再受相关犯罪的保护;换言之,这些犯罪虽然本犯自己也能侵害到司法职能之类的法益,但不能以刑法上不被允许的方法予以侵害,没有制造不被允许的危险。因此,本犯作为教唆犯不可罚。参见丰田兼彦,见前注[2],第264—265页。罗克辛教授也认为:“被拘禁人能够以不是在刑法上有重要意义的方式攻击这种国家监管。”“刑事司法能够通过任何人使用在刑法上有重要意义的方式而被攻击,只是不能通过挫败惩罚的应受刑事处罚的人自己而受到攻击。……这个受到侵害的法益,在面对这些参加人时,是不受保护的。”(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第110页。

[20] 主张“对向犯概念没有必要”的观点,可参考许泽天,见前注[9],第73页;江朝圣:“论必要共犯”,《法学讲座》2003年第18期,第44页;黄荣坚:《基础刑法学(下)》(第4版),台湾元照出版公司2012年版,第743—747页。

[21] 西田典之,见前注[7],第342页。

的参与行为或者是值得与之同等评价的参与行为的范围内,才可能否定其作为共犯的可罚性而已”。〔22〕德国通说也大体类似并用说。德国通说依循下述两个原则:一是构成要件所保护的(被害人),始终不罚,亦即,不论以何种方式参与犯罪(包含教唆、帮助)皆不具有可罚性;二是在非犯罪被害人的情形,只有在其参与行为并未超过实现构成要件所必要的程度时,始不具有可罚性。〔23〕

根据并用说,对于对向犯必要参与行为的可罚性,首先是共犯处罚根据——违法性、法益侵害的判断,对于违法性或法益阙如的情形,无论参与行为是否逾越所谓“通常性、定型性”,均不可罚;而在存在违法性或法益侵害的情形下,对于必不可少的参与行为,亦可能基于可罚的违法性、违法性程度(量)、比例原则等考量,否定其可罚性。如此,一方面,“通常性、定型性”只是补充性的、二次出罪意义上使用的概念,不仅不会抵触犯罪阻却事由的“开放性”特质,也更贴合罪刑法定“犯罪人人权保障”的主旨;另一方面,“通常性、定型性”只是一个形式的概念,其背后是“可罚的违法性、违法性程度”的实质判断、“比例原则、体系解释”的具体应用;可见,并用说中作为补充的“立法者意思”,已经不是“立法是否明文规定”这样形式上理解的概念了,从这个意义上讲,并用说亦可谓“双重实质说”。可以说,并用说对于特别强调犯罪成立罪量因素的中国刑法而言,无疑更具有解释力和适用性。

三、并用说的个罪构成要件解释机能:以伪造、变造、买卖身份证件罪为例

作为“对向参与行为可罚性问题”一般原理的并用说,其提供的实质标准,不仅可以类型化地审视片面对向犯之对向参与行为的可罚性问题,而且能够指导对向犯具体个罪构成要件(尤其是两面对向犯中明文处罚的对向参与行为)的解释与适用。本部分仅以新修订的“伪造、变造、买卖身份证件罪”为例,就并用说在个罪构成要件解释中的运用稍着笔墨,随后,再着力探讨片面对向犯的对向参与行为的可罚性问题。

在《修九》之前,并用说乃是证成“购买伪造的身份证件的行为不能以伪造罪的共犯论处”的最佳方案。即:对于伪造居民身份证罪,购买者之于伪造行为的加功,当然促成了本犯行为的法益侵害,故一般不缺乏违法性,唯有比照同条“伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪”和其他“伪造·购买型”犯罪的规定(比例原则、体系解释),方能以“违法的量的差异性”“不

〔22〕 山口厚,见前注〔15〕,第342页。这种补充完善关系,似乎使违法性的实质判断在前,定型性的“形式”判断在后,是否适当?本文认为,并无不妥。一方面,出罪、阻却犯罪成立的判断,本身就不必遵循入罪“从形式到实质”“从不法到责任”的位阶逻辑;另一方面,更重要的是,必要的共犯(对向犯)、必要参加人本身就是一个不准确的概念,从讨论的例证也能发现,许多根本不符合对向特质的犯罪(如藏匿犯人罪、隐匿证据罪等妨害司法罪,我国台湾地区“刑法”中的图利罪,我国刑法中的挪用公款罪等)也纳入其中讨论,“对大部分有关状况的法律处理并不能从必要的参与中推导出来,而应当从参与人的刑罚根据中推导出来”。罗克辛,见前注〔19〕,第109页。

〔23〕 Vgl. Christoph Sowada, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Berlin 1992, S. 19. 类似意旨亦见罗克辛,见前注〔19〕,第109—112页;(德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第849—850页。

具有实质的违法性,未达到值得科处刑罚程度”为由,否定购买者行为的可罚性。^[24]

并且,并用说也可以合理解释《修九》“买卖”身份证件行为入罪所带来的“(看似)前后矛盾”。《修九》之前,我们用“违法的量的差异性”来解释“购买”这一必要参与行为为何不可罚,而如此解释的立论基础是1997年刑法对犯罪较高的罪量要求和重刑配置:1997年刑法特别强调犯罪成立的罪量(程度)要求,结果犯(至少是具体危险犯)和罪量因素成为立法的常态模式;而在法定刑方面,所有犯罪都配置了剥夺自由刑——有期徒刑。在此背景下,参照“伪造·购买型”两面对向犯(如伪造增值税专用发票罪与购买伪造的增值税专用发票罪)差距明显的法定刑配置,基于比例原则的考虑,可以得出“购买行为”不可罚的结论。但近年来(尤其是新近的《修八》《修九》两个刑法修正案),刑法的触手不断扩张和下探,抽象危险犯不断增设,危险驾驶罪、使用虚假身份证件罪、盗用身份证件罪、代替考试罪等法定最高刑仅为拘役的轻微犯事也进入刑法视野。刑法触手的下探,促使立法者重新评估买卖身份证件等行为的违法性量是否值得科以刑罚,如此,才有《修九》关于该行为的入罪。

买卖行为的入罪,导致原先的片面对向犯被修正为两面对象犯。买卖身份证件,从字面上理解,包括购买和出售国家机关制作或者应当由国家机关制作的身份证件的行为,即“买卖真证”和“买卖假证”两种。不过依据并用说,应当根据法益的实质标准,对本罪的成立范围作合理的目的性限缩。

基于个人本位的法益观,本罪法益应当理解为国家机关制作之身份证件的公共信用。该信用,可能因侵犯到相应的真实名义人而受损,也同样可能因使他人误将事实上并不存在的“名义人”当作真实存在而受损。官方制定身份证件的公信力(权威性和真实性),是维系公民日常社会交往的必要条件,故而成为刑法保护的社会法益。若以“社会秩序”抑或“管理制度”等概括本罪法益,不但过于笼统,而且忽视刑事司法与行政管理之间不同的规范目的,不能合理地界分刑事犯罪与行政违法。基于此:

(一)“买卖假证”是否属于本罪行为?

参照作为普通法条的第280条第1款“伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪”的司法解释与学理观点,^[25]答案应该是肯定的;甚至可以想象,“买卖假证”才是买卖身份证件罪的最常态。

不过,倘若购买的假证,系记载内容真实无误的“假证”时,情况或许不同。例如,张美华伪

[24] 参见钱叶六:“共犯违法连带性说的合理性及其应用”,《清华法学》2014年第3期,第94页;陈洪兵:“共犯论的分则思考”,《法学家》2015年第2期,第37页。

[25] 1998年12月29日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第2条:“买卖伪造、变造的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据或者国家机关公文、证件、印章的,依照《刑法》第280条的规定定罪处罚。”1999年6月21日最高检法律政策研究室《关于买卖伪造的国家机关证件行为是否构成犯罪的问题的答复》:“对买卖伪造的国家机关证件的行为,依法应当追究刑事责任的,可适用《刑法》第280条第一款的规定,以买卖国家机关证件罪追究刑事责任。”学理上也基本认可这一观点参见张明楷(第5版),见前注[4],第1039—1040页;黎宏:《刑法学各论》(第2版),法律出版社2016年版,第355页;李晓明,见前注[4],第282页;陈兴良:《规范刑法学》(第3版),中国人民大学出版社2012年版,第888页,等。

造居民身份证宣告无罪案:被告人张美华不慎遗失身份证,因其户口未落实,无法向公安机关申请补办,遂以本人真实照片和身份信息,出资让他人伪造身份证一张,后持该假证在银行办理业务时,被发现而案发。对于本案,二审法院以“伪造行为虽然违法,但未对社会造成严重危害,属于情节显著轻微危害不大”为由,维持了一审的无罪判决。^[26]在本文看来,法院的无罪判决无疑是正确的,但以“但书”(违法性轻微)作为出罪理由并不合适。事实上,不论依照《修九》前后哪个立法,“伪造”内容真实的身份证件抑或“买卖”记载真实信息的“假证”,^[27]供名义人本人使用的行为,并不会给证件的公共信用带来任何损害或威胁,其行为虽侵犯了国家机关对居民身份证的“专属制作权”(或称国家身份证件管理制度),但此仅及于行政管理的功效,属行政违法行为,并无刑事犯罪(本罪)法益侵害的特征,故完全缺乏违法性。^[28]

(二)“买卖真证”是否当然属于本罪行为?

出售或者购买真实的身份证件的行为,从字面上看,似乎当然属于本罪行为,但结合本罪“身份证件公共信用”的法益考虑,情况未必如此。

倘若将真实证件出售给名义人本人,抑或购买本人真实证件的,自无对证件公共信用之法益侵害或威胁,不宜以本罪论处;倘若将真实证件出售给非名义人,抑或购买他人的真实证件的,因有冒用、盗用可能,而生侵害证件公共信用法益的危险,自可以以本罪论处。

综上,“买卖”身份证件行为,包括出售、购买伪造、变造的身份证件(即买卖假证)和出售、购买真实的身份证件(买卖真证)两种类型。但前者,应排除“向名义人本人出售、抑或名义人本人购买‘记载内容真实’的‘假证’的行为”。^[29]后者,则仅限于“向非证件名义人出售,或者非证件名义人购买他人真实证件的行为”。

(三)“买”“卖”应有别

简单增列“买卖”行为,表明立法将购买行为与出售、伪造等行为等同视之、同罪同罚的态度。可问题是,在伪造文书类犯罪中,使用伪造的文书等罪才是损害相关人员针对文书之信用

[26] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第12期,第26—27页;收录于北大法意网法院案例库(<http://www.lawyee.net/Case/Case.asp>)。

[27] 当然,“伪造”记载内容真实的身份证件向名义人以外的第三人提供,或者购买真实记载他人身份信息的“假证”的行为,就另当别论了。在伪造文书问题上,存在形式主义与实质主义的立场之争,形式主义,旨在保护文书的真正成立(形式真实)的立场,以有形伪造为处罚对象,即便是内容与真实相符,也属于处罚对象;而实质主义则是以伪构文书内容的真实性的无形伪造作为处罚对象,以保护文书的内容真实的立场。对于公文书,两种伪造行为原则上都要处罚。形式主义之所以认为“即便内容与真实相符,只要是不真实文书,仍要处罚”,是因为它是以“用于证明实体关系的证据本身的真实性作为独立的保护法益”,亦即形式主义乃是考虑到文书作为确证实体关系的证据效力问题,其意义在于确保作为证据的文书的真正性参见(日)山口厚:《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第508页。不过,像身份证这样的“身份事实证明文书”,较之“权利义务证明文书”,其用以证明实体关系的证据效力非常有限,就名义人本人使用而言更是可以忽略不计,故而有必要基于实质主义的立场做正文中的限制。

[28] 此外,就本案而言,亦可从责任阻却的角度分析补强:被告人在通过正常途径申请补办身份证无果的情况下,为维持日常生活必需,别无他法,只能通过“办假证”解决,即期待行为人实施合法行为的可能性减弱甚至丧失。

[29] 同理,为证件名义人本人仿制记载内容真实可信的居民身份证件的行为,亦不宜以伪造罪论处。

的实害犯,而伪造文书等罪是位于本罪之前置阶段的预备形态。正因如此,在日本刑法中,使用罪重于伪造罪(两罪虽“处同一刑罚”,但伪造罪不罚未遂而使用罪罚之,且作为奠定使用伪造的公文书等这种法益侵害之危险性的基础(主观的违法要素),伪造罪以具有使用目的作为成立要件之一)。^[30]我国台湾地区,伪造罪与行使罪的法定刑也相同,且多数判例认为,伪造系低度行为,行使系高度行为,若伪造文书后行使的,前者为后者所吸收,只应成立行使罪。^[31]而我国刑法却截然相反:不仅伪造等罪并无“使用目的”的主观违法要素的限制,而且伪造等罪的法定罪(最高7年有期徒刑^[32])还远远高于使用罪(最高拘役^[33]),预备行为成为高度行为,实害行为则成了处罚很轻的低度行为。^[34]

为何作为实害行为的使用、盗用行为不罚(《修九》前)或轻罚(《修九》后),而作为预备行为的伪造、变造行为反倒入罪且配以重刑?在本文看来,或许可以从使用盗用、伪造变造行为的属性上解释。

使用、盗用行为之所以不罚或轻罚,在本文看来,乃是基于使用、盗用行为的“一对一”性质使然。身份证件의“人身专属性”决定了“在依照国家规定应当提供身份证明的活动中”使用、盗用身份证件的行为必然是一对一进行的,这种“一对一”性质,意味着单一的使用、盗用行为,其危害性通常极为有限。因此,原刑法并无处罚的明文,而新刑法也仅有最高拘役的较低法定刑配置。^[35]

而伪造、变造行为一直受刑法规制,并配以重刑。行为的扩散性(相对于使用行为的“一对一”性质)乃是其可靠的规范解释学支撑。^[36]在此,德国学者Walter Groppe提出的离心犯概念可资借鉴。对于对向犯,Groppe区别离心犯(Zentrifugaldelikt)和向心犯(Zentripetaldelikt)。离心犯的特殊不法在于典型的散布效应(Multiplikatorwirkung),其行为方式系以正犯为中心将危险物品向各方传送的行为,而该物品所具有的危险在于其与特定人接触时,将引发

[30] 参见山口厚,见前注[27],第513、531页。

[31] 参见林山田:《刑法各罪论(下)》,北京大学出版社2012年版,第281页。

[32] 《修九》第22条修订《刑法》第280条第3款:“伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件的,处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金;情节严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。”

[33] 《修九》第23条新增《刑法》第280条之一——使用虚假的身份证件、盗用身份证件罪:“在依照国家规定应当提供身份证明的活动中,使用伪造、变造的或者盗用他人的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件,情节严重的,处拘役或者管制,并处或者单处罚金。有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

[34] 我国刑法中的“伪造·行使”型犯罪,也有同罚的立法例,如伪造、变造金融票证罪与票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪等;伪造、出售伪造的(增值税专用发票)发票罪、非法出售(增值税专用发票)发票罪与虚开(增值税专用发票)发票罪。还有伪造罪刑罚低于行使罪的立法例,如伪造、变造国家有价证券罪与有价证券诈骗罪。

[35] 并且,新增《刑法》第280条之一第2款还规定:“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”如此,使用盗用身份证件实施其他犯罪行为的,应按其他重罪处罚,也不会因为本罪的轻刑配置,而导致重罪轻罚、轻纵犯罪。

[36] “源头治理”则可以提供刑事政策上的说理。

损害或能够引发损害;在离心犯的构成要件中,刑法直捣恶害之根源,制裁(潜在)的散布要素——机会制造者,但却不对那些仅是利用机会的边际参与者散布法网。而向心犯所涉及的行为方式,系作为过程中心的正犯,于其典型的犯罪实现中,吸引或诱使第三人加入。两者的差异在于,塑造向心犯不法的危险性集中在处于中心位置的人的行为,而在离心犯中,该危险性尚附带地存在于所散布的物品里。无论向心犯抑或离心犯,对向行为人因其边际的参与,而与正犯间存在“危险性落差”(Gefährlichkeitsgefälle),即特定参与者仅仅是在边缘上进行了配合,以致其参与的不法在质地上无法和正犯不法相提并论。^[37]

可见,“行为的扩散性”正是离心型犯罪的重要属性,离心犯行为(刑法中的贩卖、传播行为多属此类)呈扇形扩散之势,以相同模式不断重复而形成对法益的持久损害,而相对应之获取行为,则位列扇面各对应支点,仅处在边缘上进行配合,如此,对向的二行为之间的危害性自当无法同日而语。

就伪造身份证件等罪而言,伪造、变造行为无疑具有离心犯“行为扩散性”特征,刑法直捣根源,予以相对较重的刑罚处置,还算是“有理有据”,《修九》新增的“卖”的行为亦如此。但将“买”这一获取行为与伪造、贩卖等扩散行为相提并论,就有欠妥当了。或许有人会说,身份证件具有特殊性,身份证件的伪造、变造等行为,有赖于购买者提供身份信息等方可完成,可见,购买者的行为才是“恶害之根源”,理应重罚。但在本文看来,只要不是坚持责任共犯说的立场,这一说辞就不能成立。离心犯之所谓“恶害之根源”,显然不是从“需求·供给”动机引起的角度而言的,而是基于离心犯与对应参与行为的行为特征是否具有“扩散性”这一判断,伪造、贩卖等行为的扩散性表现在行为面向不特定的社会公众(公共场所铺天盖地的“办证”小广告即是明证),尽管其行为完成有赖于对向方(购买者)提供身份信息;而购买行为作为伪造、贩卖等行为的领受者,显然不具有这种扩散性,购买者向伪造者提供身份信息的行为,无非是基于身份证件的特殊性,而作为伪造等离心型犯罪的边际参与行为(购买行为)之特别的、必要的组成内容而已。可见,对于“出售·购买”“产出·获取”型对向犯,不宜采对向行为同罚模式;出售、产出行为的独罚或相对重罚,才是适当选择。^[38]

综上,对于购买身份证件的行为,不论是作为预备行为,与作为实害行为的使用、盗用行为比较,还是作为对向参与行为,与作为离心犯的伪造、出售行为比较,其危害性和可罚性都无法等同视之,《修九》将购买行为与伪造、变造、贩卖行为并列同罚,科以远超使用、盗用行为的重刑,实在有失妥当。在立法论的立场,将购买行为与使用、盗用行为并列处置,更为妥当;^[39]

[37] Vgl. *Walter Gropp*, *Deliktstypen mit Sonderbeteiligung*, Tübingen 1992, S. 207, 212, 222, 223.

[38] 若是边际参与带有损害发生与其范围无法控制的特性,立法者仍可在利益衡量下,认为边际参与具有可罚性,例如,未受允许取得炸药或其他爆炸物、军用枪支弹药、放射性物质的行为。许泽天,见前注[9],第59页。我国刑法更是常常对此类行为采同罚模式,如非法制造、买卖枪支弹药爆炸物罪,非法制造、买卖危险物质罪,出售、购买假币罪,非法生产、买卖警用装备罪,非法生产、买卖制毒物品罪,非法买卖毒品原植物种子、幼苗罪等。

[39] 张明楷教授也曾指出:“从立法论上而言,应当由刑法规制的不是购买伪造的居民身份证的行为,而是使用伪造的居民身份证的行为”。张明楷(第4版),见前注[4],第926页。

而在解释论的立场,确有必要对购买行为作限缩解释。

(四)对购买行为的限缩解释

如何对购买行为限制解释?第一种方案,是对购买行为本身予以限制。参照 Gropp 关于离心犯实现中如何判断对向参与人可罚性的观点,即对向参与人是仅处于利用机会(Wahrnehmen der Gelegenheit)取得该物品的边际角色,如单纯向商家购买色情刊物的顾客,还是处于制造机会(Schaffen der Gelegenheit)的角色,如嘱托原本不出售色情刊物的商家进货销售的顾客,前者不可罚而后者可罚。^[40] 据此,只是向伪造者提供身份信息、购买身份证件的行为,不能以本罪论处;唯有托付原本无制假业务的他人伪造证件并购买等制造机会的行为,才能以本罪论处。不过,这一方案,不仅可能遭到前揭对“立法者意思说”相似的质疑——“责任共犯之嫌”“制造机会与利用机会界限不明”等,而且亦与《修九》两面对向犯的明文格格不入。

第二种方案,即不限制行为方式本身,而是对购买行为增加不成文的主观超过要素设限,抑或基于罪刑均衡的考量而给予科刑上的限制。具体而言,购买身份证件的行为,如果确有证据证明是为了实施诈骗、骗领信用卡等行为的,则基于购买行为作为诈骗罪、妨害信用卡管理罪等的预备行为的危害性,以本罪“买卖身份证件罪”定罪处罚;倘若无法证明其购买行为是为了实施诈骗、骗领信用卡等行为,抑或只能证明(推定)行为人有使用、盗用(第 280 条之一)的目的,以本罪“买卖身份证件罪”定罪,但科处的刑罚不宜高于使用、盗用罪,即在“拘役、管制,并处罚金”的范围内判处刑罚。

相较而言,第二种方案更可取。

四、并用说的类型化检验机能^[41]

个罪构成要件的限制解释,显然不是并用说的主要功能,类型化地检验片面对向犯之对向参与行为是否具有可罚性(即对向参与行为的处罚范围),才是并用说适用的主要场域。关于对向犯的最新刑法修正,表现为对向犯必要参与行为的人罪化和重罚化,^[42]这完美诠释了“刑法触手不断下探、轻微犯事进入刑法视野”的修法趋势和立法态度。而对于其他立法未作任何变动的片面对向犯而言,“刑法触手下探、轻微犯事入刑”的立法动向意味着,原先依据“违

[40] Vgl. Gropp, (Fn. 37), S. 209, 213.

[41] 基于对向犯概念的不准确性,以下经常作为对向犯讨论的部分实例未必完全符合对向犯特征。

[42] 所谓入罪化,即两面对向犯的增设或改设,表现在:①《修九》第 22 条修改《刑法》第 280 条第 3 款,增加“买卖”身份证件罪;②《修九》第 46 条增设第 390 条之一“对有影响力的人行贿罪”,与“利用影响力受贿罪”照应;③《修九》第 25 条增设第 284 条之一第 4 款“代替考试罪”,替考者与被替考者同罪同罚。所谓重罚化,即提高法定刑、严格宽宥条款的适用。表现在:①《修九》第 15 条对《刑法》第 241 条第 6 款的修改,对收买被拐卖的妇女、儿童,按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,由原来的“可以不追究刑事责任”改为“对收买被拐卖儿童者,可以从轻处罚;对收买被拐卖妇女者,可以从轻或者减轻处罚”;②《修九》第 45 条对行贿罪增加罚金刑,并对行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,由原来的“可以减轻处罚或者免除处罚”改为“可以从轻或者减轻处罚,其中,犯罪较轻的,对侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚”。

法性量的不足”否定对向参与行为作为共犯处罚的结论,也因为犯罪成立罪量要求的整体下降而岌岌可危。因此,确有必要依据并用说,重新审视片面对向犯必要参与行为的可罚性问题。

对向之(必要)参与行为能否成立共犯问题,学理上基本提及三种类型:①自己侵害的参与型(被害人参与型),如嘱托杀人罪中的被害人参与等;②犯人的藏匿自己、证据隐灭的教唆(即本犯教唆型);③在他人侵害的片面对向犯中没有设置罚则的参与一方,如淫秽物品贩卖罪中的购入行为等(简称片面参与型)。^[43]但实际上,对于前两类,尽管理由可能不同,但不可罚的结论基本没有异议。^[44]争议焦点集中在第三类,诚如学者所言:“对向犯最值得讨论且最具争议的,乃是此处构成要件所未明文规范的必要参与人,如非被害人,是否仍可依照刑法总则犯罪参与的学理论以相关可罚性的问题。”^[45]

片面参与型中的必要参与行为的可罚性问题,在德国形成了通说“最低共同作用无刑事可罚性”的基本原则。不过,质疑的声音也越发强劲:“这样的论题并不具有强制性,即‘当立法者在对向犯罪中想要宣布双方参与人都具有刑事可罚性时,就总是明确地对此作出规定的,在相反的决定中,就产生了至少是最低参与人无行为构成的无刑事可罚性’。”^[46]亦即最低参与行为是否具有可罚性,实际上完全取决于立法者意思;可见,通说实在没有清楚说明,何以维持在构成要件所要求最低限度参与的行为人欠缺可罚性;更何况“最低共同作用”“最低参与”本身也难言是个明确的标准。一言以蔽之,所谓最低参与与不可罚的原则,实际不过是立法者意思的翻版而已,参与行为可罚与否,还是必须依据并用说,依赖以法益为核心的规范目的与价值衡平的观点来推论。

(一)侵害的法益必须之于共犯者(对向参与人)而言是值得保护的法益

既然讨论的是参与行为能否以对向犯的“共犯”处置,当然应当从共犯处罚根据原理入手。首先,共犯的处罚,以存在对共犯而言值得予以刑法保护的法益为前提,正所谓“任何人都不能使用在刑法上有重大意义的方式来攻击他自己的法益”,^[47]对于攻击法益的承受者而言,不论其参加的方式如何,都不具有刑事可罚性。^[48]

在我国刑法中,片面参与型对向犯的最主要表现,乃是以“销售·购买”“制造·取得”为基本对向模式的“买卖交易型”片面对向犯。其中的贩卖毒品罪、贩卖淫秽物品牟利罪、生产销售伪劣

[43] 参见豊田兼彦,见前注[2],第264—265页。基本对应罗克辛教授“必要参加人是行为构成所保护法益的承担者”“必要的参与人处于类似紧急状态的状况之中”“在行为构成中必要的最低共同作用”三个部分的内容参见罗克辛,见前注[19],第109—111页。

[44] 当然,前两类是否属于严格意义上的对向犯,不无疑问。

[45] 许泽天,见前注[9],第54—55页。

[46] 罗克辛,见前注[19],第111页。

[47] 罗克辛,见前注[19],第109页。

[48] 不过,混合惹起说和修正惹起说的不罚理由却是不同的,以A嘱托X杀害自己但未遂的场合为例,混合惹起说认为,由于A的生命于A自己而言不受保护,A并未引起侵害他人生命之法益侵害,因此对于A,无论其参与程度如何,都不违法、不可罚;而修正惹起说则认为,既然A是X违法行为的教唆,故难以认为A的行为是法所容忍的合法行为,仅仅是作为被害人的A,实现了处分自己身体的法益自由的利益,在该限度内,其违法性程度减少至不可罚的程度。

商品类罪等,尽管这些犯罪类属妨害社会管理秩序和破坏市场经济秩序犯罪,属侵害社会法益(超个人法益)犯罪,但基于个人本位的法益观,任何超个人法益都必须具有可还原为个人法益的属性(直接还原关系或者间接还原关系),否则不宜作为刑法保护的适格对象。贩卖毒品罪、贩卖淫秽物品牟利罪保护的国民健康、性道德情感等集体法益,实则表征(可还原)为具体公民个人的身心健康和性操守,正所谓“这里所谓的国民健康,除了一个个因毒品而受害的个别国民,很难想象还会损害到谁的健康”。〔49〕如此,毒品和淫秽物品的购买者,其实为本罪法益的承受者,不论其如何参与(即便是教唆他人向自己出售)都无刑事可罚性。而销售伪劣商品类犯罪,以消费者合法权益为必要法益,伪劣商品的购买者(消费者)同样是本罪法益的承受者,亦难以成立本罪的共犯。可能的例外是,当伪劣商品的购买者并非消费者(如二级经销商的购买行为),此时的购买者并非法益的承受者,其购买行为实为传播、销售的预备行为,在具备主观罪过等责任要件的前提下,即具有刑事可罚性。例如,2001年4月5日两高《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第4款规定:“医疗机构或者个人,知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用,对人体健康造成严重危害的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。”其中,“使用”实际上就是医疗器械、医用卫生材料的销售行为;而“购买”,依照本文观点,就应当理解为“为供他人(消费者)使用而购入的行为”,属销售不符合标准的医用器材罪的预备犯。

除个别“买卖交易类”对向犯(离心型)以外,此一规则,也当然适用于所谓“被害人嘱托型”对向犯(向心性),如猥亵儿童罪、拐骗儿童罪中的儿童,嫖宿幼女罪(已废止)中的幼女;并且对于所谓“行为对象型”对向犯(向心性),如引诱、容留吸毒罪、引诱、介绍、容留卖淫罪、组织卖淫罪等罪中的吸毒者、卖淫者,同样适用。〔50〕作为受害者的儿童、幼女、吸毒者和卖淫者,其实是相关犯罪攻击法益的承受者,因此,即便他们主动引诱、挑拨他人实施上述行为,亦不能以本罪的共犯论处。〔51〕

另外,我国学者还提及的例证包括:破坏军婚罪中的军人配偶,〔52〕以及虚假破产罪中转移、处分财产行为的财产接受者。〔53〕

破坏军婚罪,确系典型的对向犯,但以“军人的配偶处于被害地位”为由排除军人配偶的可罚性,值得商榷。破坏军婚罪与重婚罪相同,旨在保护婚姻关系(更准确地说,是为了保护婚姻关系无过错一方的婚姻权益),区别仅在于基于特殊人群——军人的考虑,破坏军婚罪放宽了行为要件、加重了处罚后果。既然如此,实在难以理解,在重婚罪中,与他人结婚的配偶一方还

〔49〕 周漾沂:“从实质法概念重新定义法益:以法主体性论述为基础”,台湾《台大法律论丛》2012年第3期,第1040页。

〔50〕 关于“被害人嘱托型”和“行为对象型”分类,参见杜文俊,见前注〔17〕,第85、87页;嫖宿幼女罪的例证,也见周光权等,见前注〔12〕,第27页;黄琰:“试论对向犯之处罚模式——构成要件定型性理论之解析”,《甘肃政法学院学报》2011年第5期,第20页。

〔51〕 不过,严格意义上讲,这些犯罪很难说是片面对向犯的适格的例证。

〔52〕 参见黄琰,见前注〔50〕,第20页;周光权等,见前注〔12〕,第27页;周光权,见前注〔4〕,第315页。

〔53〕 参见周光权等,见前注〔12〕,第27—28页;周光权,见前注〔4〕,第315页。

是婚姻法益的侵害者,为何在破坏军婚罪中,与他人结婚或同居的军人配偶一方却成了婚姻法益的受害人?破坏军婚罪与重婚罪一样,被害人都只有一个,即婚姻关系的无过错方,军人配偶违背婚姻关系,与他人同居或者结婚,同样是对军人在婚姻关系中权益的侵害。因此,在本文看来,军人的配偶,乃破坏军婚行为的参与者,与对向犯行为主体一起共同侵害军人的婚姻权益,在刑法没有对参与的军人配偶予以正犯处置的明文规定的情况下,应该回归共犯的一般规定,即成立破坏军婚罪的共犯。^[54]不过,共犯成立只是违法层面客观归责问题,参与人(军人的配偶)最终构成犯罪追究刑责,还有待责任层面主观归责的考量:因为军人职业的特殊性,军人与配偶之间常分居两地聚少离多,配偶因独守空房、空虚寂寞而可能“难挡诱惑、误入歧途”。可见,军人的配偶虽因参与犯行而构成本罪之不法,但欠缺相等于“明知是军人配偶而与之同居或者结婚的人”期待可能性的罪责,尤其是在军人配偶迷途知返、得到军人谅解、婚姻关系尚可修复挽回的情况下,其需罚性更是微乎其微。此种情况下,可以以责任阻却为由否定军人配偶犯罪的成立。

对于虚假破产罪中的转移、处分行为与财产接受行为的对向关系,论者指出,接受者本身也可能处于被害人的地位,例如,破产者对未到期的债务提前清偿的,接受该财物者可能也深受他人拖欠债务之苦,将其作为虚假破产罪的帮助犯处理,实质上不合理。^[55]但在本文看来,虚假破产罪旨在保护债权人等对合法债权的追索权,因此,即便转移、处分财产的接受者系合法债权人,亦同样导致其他债权人等的追索权受到侵害,导致利益损失。^[56]易言之,在虚假破产罪中,部分债权人接受(助力)虚假破产者财产的转移、处分,与第三人实施相同行为,对(其他)债权人权益的侵害并无二致。所谓作为法益被害人的参与者无刑事可罚性,是指攻击法益的承受者,无论以何种形式参与他人对自己法益的攻击,都不可罚。而不是说,攻击法益的潜在受害人,通过参与侵害者的行为,侵害其他受害人的合法权益,来避免或者挽回自己的法益损失。并且,正当防卫等正当行为基本原理表明,当本人和他人的合法权益均面临侵害威胁时,通过侵害他人的合法权益来保全自己权益,唯有在符合紧急情状、利益衡平等诸多限制条件的前提下,方能阻却自己行为的违法性。由此可见,虚假破产罪亦不是适格的例证。更何况,倘若认为接受者的行为合法,则难以将转移、处分之财产依法予以没收或发还被害人,实在不妥。^[57]

(二)共犯(必要参与者)必须通过正犯实施符合构成要件的违法行为间接引起法益侵害

我国刑法中的对向犯,多为侵害社会法益(超个人法益)的犯罪,但并非所有的社会法益

[54] 还有一种可能是,对与他人结婚的军人配偶,以重婚罪(正犯)论处。

[55] 周光权等,见前注[12],第27-28页;周光权,见前注[4],第315页。

[56] 如果接受者是唯一的债权人,公司、企业向其转移、处分财产,虚假破产的,恐怕至多是违反公司企业监管秩序的行政违反行为,无法该当“严重损害债权人利益”之虚假破产罪的构成要件。

[57] 当然,通过侵害其他人的合法权益,来维护或者挽回自己合法权益的场合,虽难以阻却行为的违法性,但给予期待可能性之责任阻却或减轻的考量,则是可能的。具体就本例证而言,倘若债权人只是在债权范围内单纯地接受虚假破产者的财产处分或转移,本着“追索自己的合法债务,避免财产损失”的行为期待考虑,不宜以虚假破产罪的共犯追究刑责。

(超个人法益)都可以(如同上文所列例证那样)直接还原为具体的个人法益,或者即便可以直接还原为个人法益,该法益的具体承受者也未必是对向参与者本人。前者,如“买卖交易型”片面对向犯中的文物犯罪(倒卖文物罪、非法出售文物藏品罪)、发票犯罪(非法出售发票罪、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款的发票罪)等;后者,如销售假冒注册商标的商品罪、销售侵权复制品罪等侵犯知识产权对向犯。对于这两类片面对向犯的必要参与行为(购买行为),显然无法适用规则(一)。为此,需要借助共犯成立的第二个条件,即共犯违法性的从属性原则——共犯必须以引起或促成正犯实施构成要件之违法行为的方式,间接地引起法益侵害。

这两类犯罪中,必要参与人的购买行为,表面上似乎促成(帮助)或者引发(教唆)正犯行为(出售行为),但如前所述,出售贩卖类犯罪乃典型的离心型犯罪,离心犯的特殊不法在于典型的散布效应,即有导致对象物大量扩散的风险。换言之,作为正犯行为的出售、贩卖等行为,必须具有能够造成对象物大量扩散的、不被允许的风险性,而根据共犯从属性,共犯行为亦应当是对这种具有大量扩散风险性的正犯行为的助力,即共犯行为应当有间接引起对象物大量扩散的风险。而无论是所谓“最低限度的”单纯购买行为,还是教唆他人将对象物售予自己的“超过限度的”购买行为,虽然难说没有任何危害性,但因其“教唆”或者“帮助”行为只会造成对象物流入自己之手,却不会造成对象物大量扩散的风险。因此,该参与行为不能构成本罪的共犯。当然,若为实现自己购买而唆使他人作为“业务”贩卖、经营的,自当成立本罪的教唆犯。

可见,共犯的从属性及作为从属对象的正犯行为的扩散性特征,决定了以买卖交易型为代表的离心型片面对向犯的必要参与行为,一般不能以本罪的共犯论处。

(三)体系解释、比例原则的补强

以上规则(一)(二)的分析表明,对于离心型片面对向犯,基于法益被害者和共犯从属性的考量,基本上就可以排除此类犯罪的必要参与行为作为本罪的共犯处罚。不过,对向犯除离心犯外,还有向心犯。“向心犯的不法非难重心是,行为人位居损害中心,其四周边际参与者,与中心行为人共同侵害法益。”^[58]向心犯的行为人与参与者之间近似“出租与寻租”的关系,与离心犯“发散与接收”的关系结构不同,自然也就没有适用规则(二)的可能;同时,绝大多数向心犯的必要参与者也并非攻击法益的承受者,因而适用规则(一)的例证也不多。不过,基于并用说的立场,对于向心型片面对向犯的必要参与行为,基于比例原则、体系解释的考量,否定其刑事可罚性还是有可能的。

例如,受贿罪与行贿罪。受贿与行贿系典型的向心型对向犯,但根据《刑法》第389条、第385条的规定,行贿罪是为了谋取“不正当”利益,给予国家工作人员财物的行为,而受贿罪只强调“为他人谋取利益(不限于不正当)”。倘若为了谋取正当利益而给予国家工作人员财物的情形,接受财物的国家工作人员构成受贿罪,而给予财物一方并不符合行贿罪的构成要件,那么,给予财物者又可否以受贿罪的共犯论处呢?如果单纯从加功于正犯行为,共同促成法益侵害的实现角度看,答案可能是肯定的。但如果加上规范目的和价值衡平的考量,则理应得出否

[58] 转引自许恒达:“主管职务图利罪之罪质与犯罪结构的分析反省”,台湾《台大法律论丛》2014年第43卷第3期,第761页。有关向心犯的详细见解,Vgl.Walter Grop, (Fn.37), S.222.

定的结论——谋取正当利益的“行贿”行为,其危害性或者应罚性显然低于谋取不正当利益的行贿行为(相应地,受贿人为他人谋取正当利益之不违背职务受贿,其危害性或应罚性,也显然低于为他人谋取不正当利益之违背职务受贿),倘若将谋取正当利益的行贿行为论以受贿罪的共犯,其刑度反而超过谋取不正当利益的行贿行为构成的行贿罪,显然是价值矛盾的现象。行贿较之于受贿本就属于边缘参与行为,存在“危害性落差”,而谋取正当利益的行贿又较之谋取不正当利益的行贿而言明显更轻。如此,舍弃对此种行贿行为的可罚性不致使公众无法接受,并且借此不罚设计,诱使行贿者与司法机关合作,达到在贪腐犯罪追诉过程中的“窝里反”效果,符合立法者鼓励检举贪腐的刑事政策。因此,虽在理论上,这种参与者应被视为教唆犯或帮助犯,但仍不得加以处罚。^[59]

可见,即便是该当共犯成立条件的对向参与行为,也可能给予规范目的、价值衡平的考量,否定其可罚性。但这种否定是以“体系解释为形、比例原则为核”展开的,不可恣意滥用。

比如,对于所谓“受益型”片面对向犯,如为亲友非法牟利罪、挪用公款罪、违法发放贷款罪、吸收客户资金不入账罪等。有论者主张,这些犯罪的主体通常具有国家工作人员、国有企业董事经理、银行工作人员等特殊身份,对具有特殊身份、负有特定义务的一方的行为予以处罚是立法者进行特殊考量的结果,立法者认为对这些特殊主体一方的行为予以处罚就足以规制相关违法行为,若立法者认为对向行为对法益侵害也达到了需要科处刑罚的程度,通常会专门规定。在立法者未规定片面对向犯构成犯罪的场合,通常应认为其认为没有达到值得科处刑罚的程度。同时,论者也对“使用人与挪用人共谋,指使或者参与策划取得挪用款的,以挪用公款罪的共犯定罪处罚”的司法解释表示异议,认为:应该说挪用公款罪的常态不会是国家工作人员挪出公款后主动寻找需要使用的人,而是使用人主动找到国家工作人员要求其利用职务之便挪用公款以供其使用,立法者认为,只要处罚国家工作人员一方的行为,就可以起到规制挪用公款违法行为的作用。因此,通常应该认为受益一方的行为不具有实质的违法性,不符合共犯的构成要件,以否定可罚性为宜。^[60]也有论者认为,单纯接受、使用挪用公款的行为是挪用公款行为的典型对向参与形式,通常不能以挪用公款罪共犯定罪处罚。但是,如果使用者行为超出单纯“利用机会”获得挪用公款的界限,如与公款的挪用人共谋、指使或者参与策划取得挪用公款的,属于超出“最低必要参与程度”标准的可处罚“同向参与”行为,就可能以挪用公款罪的共犯定罪处罚。考虑到现实生活中挪用公款的常态是使用人主动找到国家工作人员请求或者教唆、指使其利用职务之便挪用公款供其使用的实际情况,如果对公款的使用人一律加以处罚,处罚范围势必过宽。为保证刑罚处罚的合理性,对公款的使用人只是向国家工作人员提出请求或者虽然有指使挪用公款的行为但情节轻微的,可不予处罚。但对公款使用人既教唆、引诱对方挪用公款又积极参与共谋、策划甚至实施胁迫行为的,就应为挪用公款罪的教唆犯处罚。^[61]

[59] 参见林山田:《刑法通论(下)》,北京大学出版社2012年版,第94页;许泽天,见前注[9],第57页。

[60] 参见杜文俊,见前注[17],第87—88页。

[61] 钱叶六:“对向犯若干问题研究”,《法商研究》2011年第6期,第129页。

的确,实务见解中,对向犯的争议焦点集中在那些“因身份或特定关系”始能成立的纯正特别犯(即纯正身份犯——引注者)。^[62]但基于上述理由就否定必要参与者的对向犯共犯的成立,值得商榷。姑且不论论者极富“立法者意思”色彩的论证,是否贴合其以法益为中心的实质论主张;仅就论证内容而言,所谓“受益型”对向犯,只对具有特殊身份、负有特定义务一方的行为予以处罚,未必是立法者进行特殊考量的结果,更不意味着未规定的对向参与者(不具有特定身份者)不可罚。

首先,上述所谓“受益型”对向犯均系纯正身份犯,只规定特殊身份一方的行为构成,实际上是纯正身份犯的属性使然。因为刑法分则对个罪描述采“单独正犯(实行犯)”模式,对于纯正身份犯,当然就只能描述其单独正犯——特殊身份一方的行为构成。因此,只对特殊身份一方行为予以处罚规定,与犯罪的对向参与性质无关,只是表明其纯正身份犯的“身份、性质”而已,这在非对向犯的纯正身份犯中也是一样的。

其次,纯正身份犯对特殊身份一方的行为规定,只是表明非特殊身份者不能成立本罪的正犯(可否成立共同正犯有争议),但不影响其身份犯共犯的成立,例如,贪污罪中“伙同贪污的,以共犯论处”的规定。这一判断同样适用于具有对向性质的纯正身份犯。道理很简单,如果第三人的指使、助力等行为能够成立作为纯正身份犯的片面对向犯的共犯的话,没有理由区别对待对向参与者的同等行为。因此,关键问题是对向参与行为是否该当教唆、帮助等共犯行为,只要能够成立教唆、帮助行为,对向参与行为就是间接通过正犯行为侵害了法益,也当然达到了需要科处刑罚的程度。而无所谓“在立法者未规定片面对向犯构成犯罪的场合,应认为其行为(即对向参与行为)没有达到值得科处刑罚的程度(反之,立法者有规定时,行为就达到值得科刑的程度)”。

再次,基于以上思考,在本文看来,论者所谓“公款使用者的行为(即对向参与者的行为)是单纯‘利用机会’,还是超出‘最低必要参与程度’的‘同向参与’,前者不罚,而后者成立共犯”的观点,实质上就是关于对向参与行为是否符合教唆、帮助之共犯行为的判断标准。^[63]但在确立了判断标准的基础上,论者又补充说,考虑到现实生活中挪用公款的常态是使用人主动找到国家工作人员请求或者教唆、指使其利用职务之便挪用公款供其使用的实际情况,为避免罪及过宽而有必要作出处罚范围的限制。这段补充多少让人不解。其一,如果对向参与者的行为已经符合教唆、帮助的共犯行为,没有理由因为是犯罪行为在现实生活中的常态而放弃处罚,立法本身一般就是坚持“常态立法”模式,即立法本身就应当以适用于犯罪行为在现实生活中的常态为常态。的确,实践中可能多数挪用公款案件的发生起因于使用者主动找国家工作人员“帮忙”,但“起因”并不等于教唆、帮助,教唆必须使人产生犯具体犯罪的主观意图,帮助也必须是对正犯行为实现有实质的助力方能成立。因此,并不是说只要参与其中就一定是教唆或帮助共犯,正因如此,司法解释才特别强调只有使用人与挪用人“共谋、指使或者参与策划”取得挪用款的,才可以以挪用公款罪的共犯定罪处罚。其二,也没有理由因为担心处罚范围过宽

[62] 参见许泽天,见前注[9],第63页。

[63] 当然,是否有必要在共犯理论以外另立“利用机会/制造机会”“最低必要程度”标准,值得思考。

而放弃部分处罚,果真如此岂不是选择性司法?并且,即便是要缩小处罚范围,对符合教唆或帮助共犯条件的参与行为,也不能以情节轻微为由不予处罚,因为这明显违背了刑法共犯处罚的法律明文规定(根据其参与程度和作用大小,灵活运用从犯、胁从犯等共犯处罚原则,才是更稳妥的限制处罚范围的方式)。更何况,论者所称“只是提出请求或者虽有指使行为但情节轻微的”情状,恐怕是根本不符合教唆、帮助行为标准吧?

最后,挪用公款等所谓“受益型”对向犯,亦不存在类似前揭“受贿与行贿”那样的规范内容可资比较,以运用比例原则进行体系解释,从而排除该当教唆、帮助行为的对向参与行为的可罚性。反倒是,基于贪污与挪用的相似性,^[64]参照贪污罪“与国家工作人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处”的规定,更容易得出“公款使用者的行为,以挪用公款罪的共犯论处”的结论。^[65]

综上,对于所谓“受益型”对向犯,只要受益者的参与行为符合教唆、帮助的共犯条件,就应当以对向犯的共犯论处。受益者参与行为是否可罚,关键在于其行为是否该当教唆、帮助的共犯行为,除非对立法进行体系解释,基于比例原则而排除其可罚性。在“刑法触手下探、犯罪罪量要求大大降低”的立法背景下,仅凭分则有无明文规定,就得出片面以对向参与行为不可罚的结论,无疑是困难甚至是错误的。

五、结 论

对向参与行为的可罚性问题,实质上就是对于明显可预见到的对向者的参与行为,能否以片面对向犯的共犯(教唆犯、帮助犯)处置的问题。既然是共犯问题,当然就应当按照共犯处罚原理加以审视。

一方面,根据共犯处罚原理,共犯(教唆犯、帮助犯)的成立,首先,以存在对于共犯而言值得刑法保护的法益存在为前提,据此,倘若对向参与者实乃本罪(片面对向犯)攻击法益的承受者,则不论其以何种方式参与本罪行为,都不宜以本罪的共犯论处。其次,共犯的成立,还必须通过促成或加功正犯行为,间接侵害本罪法益,据此,在离心型片面对向犯中,由于购买获取等参与行为,并不能实质促进伪造、贩卖等离心犯行为向社会公众大肆扩张、蔓延的实际效果,因而同样不宜以共犯论处。

另一方面,违法性不仅有质的有无问题,也有量的大小程度问题,因此,即便符合上述共犯处罚原理的对向参与行为,也还需要从违法性量、可罚的违法性角度审视其可罚性,^[66]即对于没有达到值得刑罚处罚的参与行为,不能以犯罪论处。不过,必须建立起“以体系解释为形、以比例原则为核”的适用规则,防止“违法性量”判断的恣意滥用,同时,在“刑法开始理会琐碎

[64] 诚如储槐植先生所言:“贪污与挪用的共同性是对非己财物之控制,即占有。它们的区别仅在于,贪污是永久占有,挪用是一段时间内占有,二者只是施加长短的区别,即量的差异。性质相同,是归为一罪的根据;量的差异,可用刑的轻重表示。”储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第57页。

[65] 相同结论也见周光权,见前注[4],第315页。

[66] 实际上,无论何种共同犯罪形式,对于作为共犯的教唆行为、帮助行为,都有可能基于违法性量的考量,排除其可罚性。

之事——危险驾驶、使用虚假身份证件、代替考试等最高刑仅为拘役的‘轻微犯事’不断设立”的立法背景下，“违法性量”的出罪口径将越来越窄。

综合“共犯违法从属性”与“违法性量”两个方面检验对向参与行为的可罚问题，这正是“并用说”的基本立场。对于片面对向犯，运用并用说可以较合理地划定对向参与行为的可罚范围；而对于两面对向犯，并用说也可以通过通过对个罪构成要件行为的实质解释，以限定其明文处罚的对向参与行为的处罚范围。

Abstract: There are three different doctrinal standards to solve the problem of “the scope of punishment to the behavior of encountering offenses”: “standard of legislator’s original meaning”, “standard of substantive interpretation” and “standard of both legislator’s original meaning and substantive interpretation”. The last standard is the most appropriate solution to this problem. With this standard, we can not only make a restrictive interpretation of the specific offense (e.g. the crime of illegal trading ID), but also determine the scope of punishment to participation behavior in one-sided encountering offenses. We need to distinguish between centrifugal offense and centripetal offense, and then according to their different characteristics, use the standard of both legislator’s original meaning and substantive interpretation to analyze whether the participants’ behaviors are punishable or not.

Key Words: Encountering Offenses (Begegnungsdelikte); Participants’ Behaviors; Centrifugal Offense; Centripetal Offense; Crime of Illegal Trading ID

(责任编辑:江 溯)